

La Pena Indeterminada

Centro Universitario Devoto

Las reformas que se esperan al Código Penal de la Nación, crean expectativas en la sociedad. La criminología, en nuestro país, se encuadra obsecadamente en el aspecto jurídico-punitivo, olvidando sus connotaciones sociológicas, psicológicas, humanas. Es así que mientras se discute la severidad de las penas -para aumentarlas-, o la excarcelación -para restringirla-, se olvida el aspecto humano que no sólo cosifica al individuo, sino que condena a su grupo familiar. La expectativa de esa reforma, genera en los internos penitenciarios, un grado de confianza a la actual conducción del Ministerio de Justicia, que ha marcado un claro discurso al privilegiar los programas de valor concreto intramuros y a desarticular los beneficios a dedo o sin razón.

Una herramienta idónea, que no generaría "pánico social", ni abriría las puertas de las cárceles a tontas y locas, sería la reforma del sistema de ejecución de la pena. La pena determinada, fija, inamovible, no sólo puede ser atacada -en su

injusticia o exceso- por una conmutación o un indulto esto puede generar además perfiles de ataque al gobierno nacional por su costo, para muchos innecesario o incomprensible.

La pena determinada, tal como se encuentra establecida en la legislación vigente, impide la verdadera reinserción del privado de libertad, toda vez que ni esfuerzos denodados, ni conductas volcadas a la superación personal, la pueden conmovir.

El caso más patético quizás sea el del interno reincidente que ni siquiera puede gozar de libertad condicional, resignándose a una situación matemática. Nada, -el trabajo, el estudio, la dedicación a sus compañeros, los gestos solidarios a la comunidad-, nada puede quitarle un día de prisión.

Al construir un sistema de pena indeterminada, controlada por el Juez de Ejecución y el seguimiento de los Consejos Correccionales, se podría ir "reduciendo" la pena, poniéndole nuevos límites, de acuerdo a los "adelantos" concretos y fundamentados que se vea en la conducta y repersonalización del interno. Sería una forma de dar, solamente al que lo merece, y recibir, solamente lo que se ha ganado con esfuerzo y sinceridad.

No hay ni siquiera que caer en la crítica absurda de la falta de trabajos -con salida laboral- de las cárceles, para definir la posición de internos que pasan su vida intramuros entre el tedio y el ocio destructivo. Todo, actualmente, colabora para que, la vida en prisión sea destructiva, y promueva la reincidencia y la desintegración de la dignidad individual. Y por otra parte, los pocos proyectos, de estudio y trabajo serios, han demostrado que si se puede lograr un nuevo camino hacia la libertad, apostando al esfuerzo, al sacrifi-

cio y al empleo del tiempo en temas laborales y/o académicos que puedan forjar un "nuevo hombre", antes de reinsertarlo en la sociedad.

La falta de recursos presupuestarios, se han sorteado con nuevas ideas, con proyectos posibles, que se reducen -en su mayoría- a proporcionarle al interno una salida laboral con real oferta en el mercado nacional. (El Centro Universitario Devoto, la Escuela de Computación que "fabrica" Operadores, son un claro ejemplo que ya está dando resultados para "ex" internos que volvieron a la libertad).

Países, como España, contemplan la reducción de 4 ó 6 meses de pena -por año de condena- como beneficio concreto en reconocimiento de las conductas de superación de los internos.

Fundamentos

El concepto de punición

En el estado actual de la ciencia jurídica, y con la palpitante realidad de un mundo en permanente cambio, manifestado por la crisis de las instituciones, es imprescindible acuñar un concepto filosófico jurídico de la pena, de profundo contenido ético, que reemplace al perimido sistema forclusivo, paradójico y trágicamente todavía imperante en la mayoría de las legislaciones penales del mundo occidental.

¿Qué es la pena?

En un sentido común, la pena es aflicción, sufrimiento; en sentido jurídico, es una sanción legal impuesta a una determinada conducta socialmente disvaliosa; en sentido psicológico la pena es una actitud

del espíritu, que puede ser entendida en términos de individualidad, o en términos relacionales.

Desde una visión psicológica del derecho penal, podríamos decir que la pena es sinónimo de sufrimiento legal; significa que si bien el sufrimiento es socialmente no deseable, la ley autoriza al aparato del Estado en supuestos determinados taxativamente, y con carácter personalísimo, a aplicar ese sufrimiento a quien ha adecuando su conducta libre y voluntariamente a algunos de los tipos delictuales vigentes. Y ese sufrimiento es coercitivo, sin consideración a las implicancias de las circunstancias que rodean al sujeto sufriente. Como si por una *ficto legis* se lo separara de su entorno, presumiéndose que es él, sin otra connotación.

A Beccaria, Bentham, Brissot y otros juristas se debe la reelaboración de la teoría de la ley penal. Su principio fundamental es que el crimen, en el sentido penal, más concretamente la infracción, no tiene relación con la falta moral o religiosa. Es una ruptura con la ley, establecida por el poder político en el seno de la sociedad. Y el segundo que la ley penal debe simplemente representar lo que es útil para la sociedad, reprimiendo lo nocivo.

Se extraen cuatro formas de castigo: el castigo ideal sería expulsar, exiliar, deportar a las personas. El segundo una especie de exclusión, el aislamiento en el campo moral, psicológico, público, publicando su falta, se la muestra a la persona públicamente, se suscita en el público aversión, condena. La tercera es la reparación del daño social, el trabajo forzado, obligándolo a realizar actividad útil para el Estado. Y la cuarta es hacer que el daño no pueda ser cometido nuevamente. La pena ideal es la ley del Talión, matar a quién mató, confis-

car bienes a quién robó y quién cometió una violación debe sufrir algo semejante.

Estos sistemas de penalidades desaparecieron, y en el siglo XIX apareció una pena sustitutiva, apenas mencionada antes, y marginalmente: el encarcelamiento, la prisión. Surge como una institución de hecho casi sin justificación.

La legislación penal se aparta de la utilidad social, y se ajusta al individuo. Se utilizan circunstancias atenuantes, que falsean el principio de ley universal.

En lugar de tener como meta la defensa de la sociedad, se tiende al control y reforma psicológica y moral de las actitudes y comportamientos de los individuos. Surge el concepto de peligrosidad.

Y se completa la teoría penal con el aseguramiento del control de los individuos, por el cual la institución penal ya no está totalmente en manos de un poder autónomo, el judicial, sino que el control se realiza por otros poderes, toda una red de instituciones de vigilancia y corrección: la policía, instituciones psicológicas y psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas para su corrección.

Foucault llega a pedir un homenaje a Jeremías Bentham, quién programó y definió el Panóptico -forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu-, institución que vale tanto para las escuelas, los hospitales, las prisiones, los reformatorias, los hospicios y las fábricas.

Hay una discordancia entre el objetivo final de la cárcel y el efecto real que produce. La cárcel está creando una capa marginada, marcada como criminal.

El sistema carcelario, es consecuencia del desarrollo de la sociedad capitalista. Nace con el sistema capitalista y se perfecciona en estas sociedades.

Esta íntima relación se explicita con profunda lucidez en la tesis de Foucault "...las prácticas sociales llegan a engendrar dominios del saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimientos".

El saber del hombre se ha formado a partir de las prácticas sociales de control y vigilancia.

Foucault toma las prácticas judiciales, y la manera como son juzgados los hombres en Occidente en función de los errores cometidos, y desarrolla una teoría sobre la forma jurídica y su evolución en el derecho penal.

Intenta demostrar que ciertas formas de verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal. Y particularmente la indagación (enquête), practicada a partir del siglo XV, como forma característica de la verdad en nuestras sociedades.

Trajo como consecuencia, que la justicia ya no fuera un pleito entre individuos, éstos ya no tendrían el derecho de resolver, deberían someterse a un poder exterior impuesto como poder político y judicial.

Aparece el procurador, representante del soberano, cada vez que hay un crimen, delito o lesión, porque representa a un poder lesionado sólo porque hubo delito.

Nace la infracción como ofensa que infiere un individuo al Estado.

Y el Estado no sólo es la parte lesionada sino la que exige reparación.

Cuando un individuo es hallado culpable, debe una reparación a su víctima y también la reparación de la ofensa cometida contra el Estado, la ley. Y de allí se sigue la confiscación.

Si la víctima principal es el Estado, la liquidación judicial no se puede hacer por

medio de la prueba, el Estado y sus representantes no se pueden arriesgar a perder sus bienes en un juicio. No hay igualdad en el enfrentamiento. El mecanismo que se utiliza es el de la indagación.

Podríamos decir que en la tesis de Foucault, en ésta época la sociedad crea sus propios criminales.

El nuevo saber del Panóptico se organiza no sobre la cuestión de ¿quién lo hizo? ¿se hizo esto? sino alrededor de la norma, se establece qué es lo normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra es correcta, qué se debe hacer o no hacer.

Vigilancia, control y corrección constituyen la dimensión fundamental de las relaciones de poder de nuestras sociedades.

La prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza.

Hay entonces una estructura de la prisión construida a imagen de la estructura social.

El eje del desarrollo del crimen, se desplaza del sujeto hacia la estructura de la sociedad. Ya no se enfoca el delito a partir del estudio de las personas encerradas, sino a partir de fenómenos de la sociedad, como el urbanismo, concentración de riqueza, pobreza, marginalidad. Se comienza a hacer ecología social.

Desde lo psicosocial, la conducta delictiva es una conducta aprendida en los procesos de interacción social.

En una persona se pueden encontrar conductas criminales y conductas no criminales.

Sutherland introduce el concepto de "delitos de cuello blanco" y rompe con la concepción del delito como patrimonio de una clase.

Desde un planteo psicológico decir que

hay una conducta desviada y que el Estado la sanciona, sirve para reforzar el superyó. Si contengo mis impulsos internos por una introyección de ciertas pautas valorativas, y veo que el individuo que está a mi lado, no las contiene, y hace lo que yo quisiera hacer pero me reprimo, para reforzar esa capacidad inhibitoria del superyó voy a pedir que lo castiguen.

“La finalidad de la pena no puede ser otra que proveer a la finalidad del derecho penal mismo, de modo que la disposición del art. 19 en cuanto demanda que el delito afecta siempre bienes jurídicos, resulta coherente con la asignación de la función de aseguramiento de bienes jurídicos al derecho penal y con la asignación de la función de seguridad a las penas”. (*Zaffaroni*, Tratado T.I- p. 40).

El sufrimiento de la cárcel, aunque el mínimo posible, puede exceder toda proporcionalidad.

Las alternativas a la cárcel deben constituir una línea de desarrollo normológico jurídico, que tienda a la sustitución del sistema carcelario.

La sociedad debe encontrar una forma de zanjar los conflictos jurídicos entre sus miembros que no pase por el encierro.

Pasa por la forma de la sociedad, y el sentido de la punición. ¿Acaso sería necesaria la ley penal, si no hubiera delito y quién lo cometiera? ¿Acaso la sociedad y la cárcel como comunidad cerrada, no está programada para retroalimentar la necesidad de la delincuencia, como necesidad deontológica de la ley penal?

No sólo es cierto que en la cárcel se sufren “...ciertas privaciones elementales y con escasos incentivos de enmienda...y que el principio constitucional de que sean sanas y limpias... y para seguridad y no para castigo” es sólo letra muerta.

“Las formas de castigo...la prisión, el trabajo obligatorio, la vigilancia constante, la adecuación del castigo al estado moral del criminal y a sus progresos, todo esto implica que el castigo recae más sobre el criminal que sobre el crimen, es decir, sobre lo que lo convierte en criminal: sus motivos, sus móviles, su voluntad profunda, sus tendencias, sus instintos... Pero ¿cómo se puede castigar a alguien cuyos motivos para cometer el crimen se ignoran...? Se plantea la necesidad de condenar, pero no se ve la razón de por qué castigar...se ha convertido la razón del crimen, en la razón de castigar...Lo que se denomina pena, no es tanto un castigo, como un mecanismo de defensa de la sociedad...la diferencia estriba entre responsables que deben ser condenados e irresponsables que no deben serlo...” (Foucault, “La vida de los hombres infames”).

¿Qué se entiende por pena justa? Beccaria sostiene que todos los delitos contra la propiedad deben ser penados sólo pecuniariamente, sin perjudicar jamás la libertad personal.

¿Por qué los juristas se han preocupado, en los países con derecho avanzado, de buscar alternativas a la cárcel? Por qué el sufrimiento de la misma, aún en el mínimo posible, excede el límite impuesto por la debida proporcionalidad con el ilícito cometido.

Dice Massimo Pavarini, que las alternativas “no habría sido jamás posible, ni siquiera pensadas, si el espacio social “afuera” de la cárcel no hubiese sido progresivamente homogeneizado por instancias de disciplina social de tipo formal... Fuera no existe el “vacío disciplinario”. El espacio de realización de algo distinto de la cárcel solo puede construirse porque existe la cárcel”.

Función de la pena

Llega una vez cometido el delito, mira hacia el pasado y no puede hacer desaparecer el injusto, como no puede cosificar al hombre, haciéndolo instrumento de la inhibición social, proyecta en la peligrosidad, su personalidad hacia el futuro, y resuelve en el presente con una sanción coercitiva, la pena.

La punición es la actividad jurídica actual, regida por una normatividad pretérita, en el tiempo, porque fue legislada con anterioridad, y en la concepción gnoseológica, porque ha quedado lejos de los conocimientos actuales, que aplica la calificación de disvaliosa a la conducta pasada de un individuo, juzgada por sus manifestaciones conductuales, y no por una valoración ética de la misma, y proyecta en un futuro incierto, una presunción de peligrosidad, sin ninguna otra connotación que la estanca determinación legal que así lo establece.

Como puede advertirse la punición no admite justificación alguna, desde cualquier punto que se la quiera considerar.

Conceptualmente, implica un juicio fuera de las coordenadas temporales, juzgo el pasado que ya es irreversible, y lo proyecto al futuro que presumo con determinaciones preestablecidas.

Desde el plano jurídico, califica con una valoración, una manifestación fenoménica, lo que implica determinar una categoría del valor con la medida de un conocimiento experimental.

Desde el plano social, generándose el delito en la sociedad, la sociedad es responsable de ese comportamiento, y se debería resocializar a la sociedad y no sólo al individuo que delinquirió; importando además, la resocialización una interacción entre

individuo y sociedad, ésta ha fracasado al generar delincuencia, por lo tanto uno de los términos de la interacción no funciona. No puede resocializar si se ha cuestionado uno de los términos del mecanismo de resocialización.

Desde el plano estrictamente filosófico, la punición, pretende hacer desaparecer un mal —el delito— con otro mal —la pena, o sea, combatir un mal con otro mal.

Desde el plano psicológico, es imposible determinar por qué el aparato de aprendizaje del hombre, se decide por una u otra situación, o por qué reacciona ante una u otra información o impacto.

Si bien desde un orden práctico se puede probar su utilidad o conveniencia para un fin predeterminado, no queda legitimada ni justificada por ello. La finalidad en sí misma, no santifica el medio, y se renuncia a toda justificación moral, ya que considerar al hombre sólo como medio y no como fin en sí mismo, es despojarlo de su carácter ético personal.

Tales teorías utilitarias del fin, separan inevitablemente el derecho penal de su base ética.

¿Como se puede medir la culpabilidad, para compensarla con el castigo?

Desde el plano ético, cuando se castiga a un hombre pensando que con ese ejemplo se va a intimidar al resto, según la concepción kantiana utilizamos al hombre como cosa, lo cosificamos; el ser humano pasa a ser instrumento para la intimidación, además de objeto de dicha intimidación.

La calidad de persona prohíbe convertirlo en objeto demostrativo de la administración de la justicia con el único fin de

alcanzar ciertas metas.

La pena es coacción, y la coacción no se justifica, mediante el sentido que quien la sufre pueda quizás deducir de ella.

En teoría se ha pretendido fundar la pena en la "necesidad ética que garantiza su realidad, por identidad de razón y realidad" (Hegel), o por un "imperativo categórico" (Kant), o por causa de necesidad religiosa (Stahl).

Y su función, eminentemente retributiva; compensación por el hecho realizado. El autor debe sufrir un mal de naturaleza penal en compensación por su culpabilidad.

Reestablecer la justicia quebrada por el delito, en el decir de Kant, o como negación de la negación del derecho en el de Hegel.

Y todavía la objeción normativa, ¿con qué derecho el Estado aplica la pena?

El delito es un suceso entre seres humanos, y el Estado como cuerpo político se asigna derecho a aplicar sanción, para evitar la venganza privada y como una función preventiva.

Pero en lugar de evitar la venganza privada, la sustituye por la venganza estatal, en contradicción con el Estado de derecho.

Y la función preventiva es pura intimidación; para que el resto de la sociedad ante la presencia de la imposición de la pena, se inhiba y abstenga de imitar esa conducta.

Supone que las reacciones sociales son homogéneas, que el conglomerado social reacciona igual, lo cual es imposible sostener.

Y por sobre todo deja en pie la cuestión de como instrumentar la distribución de la intimidación. Por los medios de difusión, por el aparato del Estado.

Como puede verse la cuestión es qué

sector social alienta esa intimidación, a quién responde, y cuál es la ideología que prima en ella.

El grado de mayor o menor gravedad dependerá del interés con que se quiera manejar el impacto y de los sectores sociales involucrados.

No es igual un hurto menor en sectores bajos que en sectores altos, como no se concibe una administración fraudulenta en sectores populares.

Y si la intimidación incide sobre la conciencia general de la sociedad, cuánto más grave sea la sanción más eficacia tendría, por lo que habría que aplicar sanciones gravísimas, lo que llevaría al terrorismo de Estado.

Por otra parte estadísticamente se comprueba que con sanciones graves no han disminuido los delitos, ni que la cárcel sea efectiva para la prevención del delito, que contradice la esperanza de Feuerbach, que la ley penal hará imposible la lesión de la norma.

Si se persigue que se haga imposible la repetición del delito, ¿hasta que límite puede castigar el Estado con las penas?

En nombre de la peligrosidad puede extenderlo hasta fronteras sin límites contra los adversarios.

¿A qué norma debe adaptarse el delincuente? ¿a las de su grupo? ¿a las de otro grupo?.

Las diferencias en los comportamientos son de grado, se consideran adecuadas las conductas del sector medio, y asociales las de otros sectores.

Hay por tanto, una estrecha relación entre la naturaleza del Estado y la función de la pena.

Para Foucault, la infracción como ofensa al Estado, genera la pena como pura expiación, retribución.

Hacia un nuevo enfoque de la punición

¿Hasta qué punto nuestro orden social depende realmente de que el comportamiento desviado sea reprimido con la pena?

La expiación real, por la culpabilidad moral, es un esfuerzo más allá de la mera reparación del daño, es ajustar cuentas consigo mismo y con la sociedad.

No se puede hablar de la pena como sanción jurídica que procura perfección moral del delincuente como tal, sino se trata de la solución de un conflicto social surgido del hecho punible.

La validez de una norma depende de la ejecución de sus sanciones, porque si la regla que prescribe el comportamiento deja de ser sancionada, pierde su carácter normativo.

La pena expresa el juicio de disvalor sobre la conducta, con lo que se pretende justificar la criminalización del comportamiento desviado.

Existe una tesis sociológica y de psicología profunda, que sostiene que la sociedad necesita al delito y al delincuente, para ratificar en confrontación con ellos la norma social y ratificarse a sí misma.

La regla fundamental del orden social, es la responsabilidad del delincuente; pero la culpabilidad real se sustrae a todo enjuiciamiento jurídico.

Cuando el Derecho Penal parte de la responsabilidad del delincuente, no hace otra cosa que una concesión a las circunstancias sociopsicológicas dadas en el contexto social.

La culpabilidad personal no puede realmente demostrarse y el reproche de culpabilidad encubre una corresponsabilidad de la sociedad en la caída del hombre en el

delito.

El fundamento real de la pena es el carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad; por ello la realidad de la pena estatal es relativa.

Dice Kant: Las penas son en un mundo regido por principios morales, por Dios, categóricamente necesarias. Pero en cuanto regido por los hombres, su necesidad sólo es hipotética, y la vinculación entre infracción y merecimiento de la pena sirve de justificación al Estado, pero no como compensación dentro de sus facultades. Con la inflexión de una compensación justa, se agota el contenido de la pena. Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

Es obvio que todo el sistema de la pena, está sostenido, por el encarcelamiento, o la pérdida de la libertad ambulatoria, tan celosamente protegida y privilegiada por nuestro sistema constitucional.

Pero el objetivo de la cárcel, para los propugnadores y defensores de la forclusión, es hacer del interno una persona capaz de respetar la ley penal y subvenir a sus necesidades con su trabajo.

El proceso de encarcelamiento es contrario al que persigue, al sujeto se lo desculturaliza, y se lo somete a enculturación, producto de su vida sin libertad.

Ni siquiera los sostenedores del sistema, pueden aceptar que el mismo cumple mínimamente con sus objetivos.

Sostenemos, que no hay solución posible, si no es de fondo, terminando con el encarcelamiento, y estableciendo medidas alternativas, fundamentalmente, el trabajo para la comunidad, ya propuesto por Jorge Kent en 1986.

Como medida temporaria, podría implementarse, la pena indeterminada.

El castigo jurídico, es una proyección hacia el futuro, basado en normas estrictas y fijas, y en varias presunciones, que no tienen otro fundamento que lo incierto de su cumplimiento.

La apreciación de la pena ha estado sujeta al devenir histórico, por cambios de estilos valorativos según las épocas y sin perjuicio de la identidad del principio de medida.

Lo que se miden no son magnitudes del ser, sino relaciones de valor, y sucede que en una misma época el principio de medida sólo proporciona valores límites, sobre los cuales o bajo los cuales la pena es injustamente severa o benigna. Esta es la concepción alemana.

Con más razón, en el orden individual, se ha valorado a un individuo en un momento de su historia personal, y ese individuo ha evolucionado, desde el hecho del delito hasta el cumplimiento de la sanción.

La magnitud de la pena medida en relaciones temporales, a la época de la sentencia, no es necesariamente la misma durante el transcurso de la misma; siendo posible que la misma haya sido purgada con exceso, sin posibilidad de darla por cumplida.

Una forma de evitar esta situación es considerar la sanción de una pena indeterminada, con un mínimo y un máximo y facultando a la autoridad de ejecución a dar la misma por cumplida en cualquier momento que por la evolución individual del sujeto penado, haya alcanzado a compensar la misma.

Teniendo en cuenta la definición de pena de Santo Tomás: "compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad que exprese la reprobación pública del hecho y consigue la afirmación del derecho" y el criterio punitivo como medidas de protección de la colectividad y del autor mismo, contra el peligro de reincidencia que puede constatarse en base a la comisión por su parte de un hecho delictivo, parece validarse la concepción de la indeterminación de la pena, en el decurso del tiempo la violación del derecho puede haber quedado compensada antes de agotar el plazo legal de la condena, y la protección resulta innecesaria si no hay peligro de reincidencia.

Por otra parte y según sostiene Roxin, que el Derecho pena de tres maneras: amenazando con, imponiendo, ejecutando penas, y que el derecho penal es subsidiario, y sólo cuando el derecho civil o el derecho público no bastan, dicha subsidiaridad justifica la necesidad de contar con un criterio jurídico punitivo amplio, que permita adecuar la privación de un derecho tan celosamente custodiado por la Constitución como la libertad ambulatoria, por otra parte innalienable, a la situación jurídica, psico-sociológica del condenado, mientras va cumpliendo la pena.

De esa forma podríamos amortiguar en parte el reproche del Señor Jesús:

No ha sido hecho el hombre para el sábado, sino el sábado para el hombre •

Febrero '92